------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de junio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Jorge Luis Früchtenicht y Omar Magallanes, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"R., M.M. c/ T. de A. s/ Sumarísimo"*** (Expte. N° 38/15 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 319 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC– y atento lo dispuesto por el art. 9 del Acuerdo 03/82 CANO, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS – PETRIS.----------

-----Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia registrada bajo el Nº 01/2015, de fecha 02/02/15 y que obra a fs. 295/301 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-------

------Llegan los presentes autos a esta Alzada a fin de atender el recurso de apelación intentado por la demandada a fs. 304 y concedido a fs. 306, enderezado contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 295/301, la que en lo sustancial decidió hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por la Sra. M. M. R. contra T. de A. S.A. y en su consecuencia, condenó a esta última a instalar una línea telefónica básica en el actual domicilio de la actora, y en lo que a la apelación que trato importa, condenó a la vez a la demandada a abonar a la actora la suma de $ 15.000.- en concepto de indemnización por daño punitivo, la que deberá abonarse en el plazo que fija, imponiendo las costas del proceso a la vencida hoy apelante.—----------

------Los agravios deducidos por la demandada apelante fueron expresados en la pieza procesal de fs. 307/309, y conforme al traslado ordenado a fs. 310, merecieron la réplica de la contraria, la que se agrega a fs. 311/314.----------

Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 318, y practicado a fs. 319 el sorteo que dispone el art. 271 CPCC, me dispongo a

emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 del rito, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas articuladas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada.----------

-----Que en ocasión de deducir sus quejas la apelante (v. memorial de fs. 307/309), se agravia en primer término por cuanto la sentencia hoy en crisis hizo lugar al reclamo por daño punitivo omitiendo examinar si se presentaban los presupuestos para su aplicación (v. fs. 307/308vta.). En apoyo de su postura impugnaticia, refiere las diferencias doctrinarias existentes acerca del instituto del daño punitivo; cita calificada doctrina e invoca precedentes jurisprudenciales en favor de la procedencia de su agravio, para concluir que aquéllos resultan ser un plus o adicional de los daños y perjuicios que se resarzan, siendo estos últimos -conforme lo sostiene la propia apelante - requisito insoslayable para la procedencia del rubro daño punitivo.----------Así articulada la queja, se impone formular algunas consideraciones que guiarán mi voto.----------En primer término, estimo que nos encontramos ante una típica relación de consumo (art. 1° Ley 24.240 de Defensa del Consumidor -en adelante: LDC -).----------También entiendo que el sistema de la responsabilidad civil, a partir de la mencionada LDC y la modificación introducida por la Ley Nro. 26.361, no ostenta ya una exclusiva finalidad compensatoria del daño efectivamente padecido. He sostenido también que los daños punitivos resultan ser "…*demostrativos de objetivos preventivos y sancionatorios a la vez. En su estructura, surgen dos extremos que resultan esenciales para su conceptualización: el castigo y la disuasión. El primero refiere la faz sancionadora de aquéllos y el segundo, la faz preventiva del derecho de daños, que se erigen como los objetivos que persigue este instituto del derecho de daños.*"----------

----------"*Mas, también entiendo que la aplicación y condena de daños punitivos son de aplicación excepcional. Así, no alcanza para su procedencia probar la injusticia (antijuridicidad) del daño padecido, debiendo acreditarse en el mismo proceso: la actitud del dañador para con la víctima; o bien su malicia o temeridad; o bien una*

actividad dañosa, debiendo tenerse en cuenta en cualquiera de los supuestos descriptos, el mayor beneficio obtenido luego de abonar las indemnizaciones. Sucede que otro de los rasgos distintivos de los pretendidos daños punitivos es el factor subjetivo (del sujeto dañador) agravado, no bastando la mera negligencia para condenarlos." (v. mi voto en SD Nro. 24/2013 de fecha 21.05.2013 recaída en autos "*MORGAN, Ana Elizabeth c/ NEGRON AGUILAR, Manuel Alfonso s/ Daños y Perjuicios*" Expte. CANO Nro. 08/2013).----------

-----También el daño punitivo incorporado por la citada ley 23.361 como art. 52 bis de la LDC, importa para el instituto que trato asumir aquella doble función tanto preventiva cuanto sancionadora que referí en el voto citado, pues castiga ciertas conductas que lesionan el interés comunitario y que, entiendo, deben ser reprochadas desde el derecho. En tal sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci, mucho antes de su sanción legislativa, sostuvo que la cuestión del daño punitivo expresaba una idea sancionatoria consistente en que el resarcimiento del perjuicio efectivamente padecido no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrean algunos hechos antisociales e irritantes (cfr. aut. cit.); "*¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino*?; Anales de la Academia Nacional de Derecho; 1993; N° 31; p. 71). En similar línea de pensamiento, Zavala de González y González Zavala sostuvieron que era necesaria la recepción normativa de la institución pues en numerosos casos, la equidad y la seguridad no se satisfacen con el sólo resarcimiento del daño y, por ende, se precisa una reacción más vigorosa ante conductas nocivas que lastiman el sentimiento de justicia (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín; "*Indemnización del daño punitivo*"; Foro de Córdoba; N° 38; 1997; p. 74).----------

-----De forma tal que el derecho del consumidor se nutre en las bases del sistema preventivo y sancionatorio, ya que el esquema jurídico del consumidor no constituye una nueva disciplina del derecho sino y tan sólo una nueva forma de leerlo.----------

-----Si bien la norma que incorporó el instituto de los daños punitivos no indica los requisitos objetivos de su procedencia, llamado el suscripto a votar

en orden a un caso concreto, estimo que aquella ausencia no empece a su eventual aplicación, debiendo a mi juicio ponderarse los factores objetivos que habilitan su procedencia.----------Es así que estimo que a los fines de ponderar el agravio deducido corresponde merituar si la existencia de daño y una conducta reprochable a título de dolo o culpa grave por parte del "*agente*" se presentan en el *sub exámine*.----------Más allá de no haberse hecho lugar a la pretensión de la actora de resarcimiento de los daños y perjuicios por insuficiencia probatoria, entiendo que el daño referido en el párrafo que precede puede válidamente presumirse por la efectiva privación del servicio y los trastornos y contratiempos padecidos en función de las sucesivas intimaciones e inclusión en el registro de deudores del banco de datos financieros reconocido como "*Veraz*". Y ello resulta así pues se han afectado las vías de comunicación y la tranquilidad espiritual de la actora.----------En orden a la conducta reprochable por parte del "*agente*" generador del daño que se sanciona (esto es: la demandada), estimo que se encuentra acreditada en autos a partir del desinterés, desidia e indolencia puesta de manifiesto a los fines de proveer del servicio telefónico a la actora en su carácter de consumidora, debiendo computarse como agravante la situación ventajosa ostentada por la accionada en atención a su condición de única proveedora del servicio en la región.----------Es entonces que encuentro presentes los extremos que habilitan la imposición de la condena por daños punitivos y atendiendo a que debió la accionada impugnante –y no lo ha hecho – sustentar su agravio con un cuestionamiento concreto y eficaz de los fundamentos esenciales que exhibe el pronunciamiento objetado, tarea que no aparece cumplida cuando las alegaciones formuladas por la apelante sólo exteriorizan una mera discrepancia subjetiva tendiente a descalificar aspectos que son privativos de la función axiológica del magistrado apoyándose en su propia versión sobre los hechos y de cómo en su opinión debieron apreciarse las pruebas agregadas a este legajo. Lo hasta aquí expuesto, configura en la apelación que trato una técnica carente de idoneidad para representar la efectiva configuración de un vicio en el razonamiento sentencial en orden a la apreciación de las pruebas. En su función, la sentencia en crisis no puede ser

tachada de irrazonable o arbitraria porque la inteligencia que efectúa del texto legal no excede el marco de posibilidades que brinda la norma en juego ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto. Así, la elección en juego importó adoptar una solución posible, apoyándose en razones suficientes que fueron fundadamente expuestas en el Considerando Segundo de la sentencia apelada. Por lo dicho, el agravio a mi juicio no puede prosperar en esta sede, y así lo voto.----------Su segundo agravio sobreviene (v. fs. 308vta./309) por habérsele impuesto la totalidad de las costas de este proceso. Sostiene que el perjuicio se deriva de la circunstancia que el Sr. juez apelado rechazó tres pretensiones de la actora, y en su consecuencia a su juicio existió vencimiento parcial y mutuo. Con cita de Loutayaf Ranea, refiere el último párrafo del art. 72 de nuestro rito provincial, el que invoca en sustento de su queja.----------
----------Adelanto que el agravio no puede prosperar en esta sede, pues las pretensiones deducidas por la actora en su escrito postulatorio (v. fs. 84/92) han progresado en lo sustancial, y aquéllos rubros declarados improcedentes en sentencia no inhiben su condición de vencedora en este proceso y la consecuente aplicación del principio objetivo de la derrota alojado en el art. 69 CPCC. Sobre la cuestión propuesta, importa señalar que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial, no resulta necesario parcelar el objeto litigioso en orden a los diferentes reclamos, sino que ha de ponderarse globalmente la controversia. Es su consecuencia que la demandada deba soportar la totalidad de las costas del juicio "*... si las reclamaciones del accionante progresaron en lo sustancial*" (Cfr. S.C.B.A 2/4/85, en LL 1986 –A –33; CNCom, Sala C, 134-7-90, en LL 1990-E-283, CCiv.y Com. de San Isidro, Salas II, en DJ 1986-1-533). En su virtud, el agravio no puede prosperar y así lo voto.----------Resta ponderar las costas de esta instancia. Atendiendo el resultado obtenido, estimo que deberá soportarlas la apelante vencida, en función del principio objetivo de la derrota mencionado en el párrafo que precede (art. 69 CPCC). Así lo voto por último.----------**A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------**

------El Dr. Früchtenicht ha reseñado ya con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa. Corresponde ahora analizar los agravios expresados.----------

------1) El factor de atribución:----------

------Se queja el recurrente de que la sentencia condenó indemnización punitiva por culpa simple. Sostiene que la norma exige culpa grave o dolo.----------No voy a expedirme respecto a la hipótesis según la cual la indemnización punitiva requiere culpa grave o dolo. Ello sería abstracto en esta causa ya que, a mi entender, el dolo de T. A.SA aparece evidente. ----------

----------La relación entre actora y demandada, a más de ser una relación de consumo, es de naturaleza contractual. Hubo entre ellas un acuerdo para la prestación de un servicio público domiciliario de telefonía.----------Quizás el error del recurrente obedeció a un desconocimiento de la diferencia entre dolo contractual y dolo delictual. En el primero no hace falta la intención de dañar, basta con el incumplimiento deliberado y consiente. *"La mayoría de la doctrina considera que existe dolo cuando el deudor, pudiendo cumplir, no lo hace voluntariamente, aunque no tenga el específico propósito de dañar al acreedor. La inejecución es querida, deliberada, intencional, como, por ejemplo, si el deudor tiene tres deudas y elige pagar una; o si teniendo el dinero suficiente, en vez de pagar se va de viaje, o sale de fiesta…"*[1] .--------

----------Lo que debemos preguntarnos no es si T. de A. SA quiso o no dañar a la Sra. M. M.R. La cuestión pasa por determinar si la demandada incumplió, a conciencia y voluntariamente, sus obligaciones contractuales.----------

----------La respuesta afirmativa se impone con grado de certeza. Son varias las obligaciones incumplidas y, nada indica que la omisión hubiera sido involuntaria o constreñida. Reitero, son varias las obligaciones contractuales involuntariamente incumplidas. La demandada tenía la obligación de trasladar la línea desde el anterior domicilio del usuario al nuevo. No lo hizo y utilizó pretextos que fueron rotundamente rechazados

[1] López Herrera, Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil" Lexis Nexis. Buenos Aires 2006 pag. 249

por la autoridad de aplicación, tal como consta a fs. 8. El segundo incumplimiento libre y voluntario fue el pretender cobrar un cargo fijo cuando el servicio no estuvo disponible para el usuario, en su nuevo domicilio, debido a la mora de la demandada. Mora injustificada e injustificable conforme surge de la resolución CNC obrante a fs. 4. El tercer incumplimiento es el haber interpelado al usuario (CD del 26/04/2013) para que pague una deuda inexistente pues, como consta fs. 4, ya había renunciado a ello seis meses antes. El último incumplimiento es, seguramente el más grave. La demandada inscribió a la actora como deudora en el banco de información crediticia "Veraz" y la mantuvo en tal condición aun a sabiendas de que la deuda era inexistente según lo reconoció. Esto último configuraría, incluso, un dolo delictual.----------Si alguna duda pudiera caber respecto al incumplimiento doloso de la demandada a fs. 13 a 17, obra Resolución nº 2472 del ente regulador donde se sanciona a Telefónica Argentina SA con 400.000 UT, debido a sus reiterados incumplimientos en perjuicio de la Sra. M. M. R.. A este respecto voy a hacer mio uno de los considerandos de tal resolución en cuanto dice *"Que la privación de un servicio público, como es el servicio básico telefónico, constituye un perjuicio imposible de subsanar. En el presente caso, dicha privación acontece desde hace ya un prolongado período de tiempo, excesivamente superior al que otorga la norma"*.----------Solo puedo concluir en que la demandada actuó con un evidente dolo contractual y ello tira por tierra el argumento recursivo. Voto por su rechazo.----------

----------**2) La falta de daño:**----------El recurrente sostiene la extraña teoría de que, si no hay condena de daños, no puede haber indemnización punitiva. Se equivoca. El art. 52 nada de eso dice. Sostiene Sebastián Picasso *"... si bien el daño es requisito indispensable de la responsabilidad civil, aquí no se trata, precisamente de ella, sino de una multa de naturaleza penal. Ello torna inaplicable el art. 1067 del Código Civil, que se refiere a la ilicitud en un sentido estricto, exclusivamente enfocado a la responsabilidad civil. Por el contrario, como es sabido, el Código Civil maneja también otro concepto de ilicitud, desligado de la idea*

de daño, que se contenta con la simple transgresión a la ley"[2].----------
----------Una de las funciones de la indemnización punitiva es, precisamente, dar una justa solución a los llamados *"micro daños múltiples"*. Se trata de un fenómeno propio del Derecho del Consumo. Hay casos donde el perjuicio individualmente irrogado es de tan poca monta que reclamarlo judicialmente resulta absurdo. No obstante, visto desde el lado del proveedor, lo que individualmente parece una bagatela, colectivamente se convierte en una ganancia tan cuantiosa como ilegítima. Siguiendo la teoría del recurrente, no se podría condenar indemnización punitiva si previamente no se condenara a pagar los centavos del daño individual equivalente. Un total despropósito.----------El ejemplo antes expuesto muestra a las claras que la indemnización punitiva es independiente de una condena expresa a pagar los daños irrogados. Debo ser claro a este respecto: no hace falta condena de daños equivalente para que proceda la condena de daños punitivos.----------

-------No obstante lo dicho, entiendo que, en esta causa hubo daños concretos probados y resarcibles, aun cuando el Sr. Juez de anterior instancia no hubiera condenado su pago.----------Esta Alzada ha dicho en forma reiterada que el daño moral queda acreditado in *re ipsa* y que exigir su prueba resulta absurdo, pues se estaría privilegiando al extrovertido por sobre el sobrio. Ciertamente que no puede revocarse la sentencia de la anterior instancia y declarar procedente una indemnización de daño moral, pues ello no fue reclamado por la actora y tenemos vedado tal pronunciamiento. Mas nada obsta que, a los efectos exclusivamente de analizar la procedencia de los daños punitivos, afirmemos, con suficiente certeza, que hubo un daño moral, causado por la inscripción en un banco de datos de deudores. Aun cuando cuestiones procesales impidan la indemnización equivalente, sí procede la

indemnización punitiva del art. 52 bis LDC. Así lo voto.----------

-----3) Las costas:----------

[2] Picasso, Sebastián en Ley de defensa del consumidor comentada y anotada" T.1 AAVV, ed La Ley. Buenos Aires 2009, pag. 626

-------También se agravia la demandada de que se le hubieran impuesto las costas de la anterior instancia. Sostiene que hubo vencimientos parciales y mutuos pues la sentencia rechazó tres de las pretensiones actorales. Concluye en que las costas debieron imponerse en forma paritaria.----------
-------Adelanto que mi voto será contrario al agravio.----------
------El principio objetivo de la derrota nos lleva a analizar cual es lo sustancial de la acción instaurada y si tal sustancia se logró o no con la sentencia. No se trata de tantear cuantas pretensiones procedieron y cuantas fueron rechazadas. Lo importante es determinar si el demandado resultó verdaderamente vencido o no.----------
En la causa de marras encuentro que el actor pretendía una indemnización y obtuvo una indemnización. Es vencedor.----------Tampoco he de soslayar que la ley exige efectuar la interpretación que resulte más favorable al consumidor y esta manda no solo rige respecto a la Ley 24.240 y sus modificatorias, sino también frente a toda la legislación aplicable a la relación de consumo, incluso la de orden
estrictamente procesal.----------
------Conforme a lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------
-------Resta referirme a las costas de la presente instancia y voy a coincidir con mi distinguido colega en que ellas deben imponerse a la recurrente vencida en autos conforme principio objetivo de la derrota del cual no encuentro motivos para apartarme.----------
-
------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo**:------
----Conforme con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. F. A. en la suma equivalente a OCHO (8) JUS y los del Dr. R. M. M en la suma equivalente a DIEZ (10) JUS, en ambos casos con más el IVA pertinente, de corresponder, por lo actuado en esta instancia (arts. 5, 8, 13 de la Ley del Arancel, en función del art. 7 ley cit.).----------

-----A LA MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

------Atento lo expresado al votar a la cuestión anterior, propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** la sentencia registrada bajo el N° 01/2015, de fecha 02/02/15 y que obra a fs. 295/301 vta., **2) IMPONER** las costas de Alzada a la recurrente vencida en autos conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC) y **3) REGULAR** los emolumentos profesionales del Dr. F. A. en la suma de 8 JUS y los del Dr. R.M. M. en la de 10 JUS, ambos con más el IVA pertinente, por su actuación en esta Instancia (art. 13 de la Ley del Arancel).----------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------
---

----------S E N T E N C I A----------

-----**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:*** **----------**

-----1) CONFIRMAR la sentencia registrada bajo el N° 01/2015, de fecha 02/02/15 y que obra a fs. 295/301 vta.----------

-----2) IMPONER las costas de Alzada a la recurrente vencida en autos conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC).----------

-----3) REGULAR los emolumentos profesionales del Dr. F. A. en la suma equivalente a OCHO (8) JUS y los del Dr. R.M. M. en la suma equivalente a DIEZ (10) JUS, ambos con más el IVA pertinente, de corresponder, por lo actuado en esta Alzada (art. 13 de la
Ley del Arancel).----------

------4) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

-----La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del DJP) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, última parte, de la Ley XIII N° 5
DJP.----------

-

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2015. CONSTE.-